
Le salarié lanceur d'alerte aux États-Unis et en France : pour une articulation harmonieuse entre dissidence et loyauté

Pauline Abadie



Édition électronique

URL : <http://journals.openedition.org/revdh/2649>

DOI : 10.4000/revdh.2649

ISSN : 2264-119X

Éditeur

Centre de recherches et d'études sur les droits fondamentaux

Référence électronique

Pauline Abadie, « Le salarié lanceur d'alerte aux États-Unis et en France : pour une articulation harmonieuse entre dissidence et loyauté », *La Revue des droits de l'homme* [En ligne], 10 | 2016, mis en ligne le 18 novembre 2016, consulté le 24 juillet 2020. URL : <http://journals.openedition.org/revdh/2649> ; DOI : <https://doi.org/10.4000/revdh.2649>

Ce document a été généré automatiquement le 24 juillet 2020.

Tous droits réservés

Le salarié lanceur d'alerte aux États-Unis et en France : pour une articulation harmonieuse entre dissidence et loyauté

Pauline Abadie

Introduction

- 1 Le 24 mars 2015, le quotidien Le Monde titrait « En Floride, il ne fait pas bon parler climat »¹ en référence à un scandale impliquant le gouverneur républicain de l'Etat qui aurait interdit, sous peine de sanctions, au personnel de ses administrations d'utiliser les termes « réchauffement planétaire », « changement climatique » et « augmentation du niveau de la mer ».
- 2 À l'origine du scandale, le blâme et la mise à pied de Barton Bibler, ingénieur au Ministère de l'environnement de Floride, à qui il a été reproché : d'avoir évoqué lors d'une réunion de travail les risques pour l'environnement que présente la construction d'un oléoduc en raison de l'augmentation du niveau de la mer liée au réchauffement climatique ; d'avoir retranscrit ses propos dans un compte-rendu ; et d'avoir refusé de les retirer alors que son supérieur hiérarchique le lui avait demandé.
- 3 La décision prononçant le blâme, disponible sur Internet, invoque l'insuffisance professionnelle de l'employé, des actes d'insubordination et l'expression d'opinions personnelles incompatibles avec un statut d'agent public.
- 4 Ce cas aurait pu demeurer anecdotique mais l'information s'est très rapidement répandue sur la toile, relayée par les médias et de nombreuses associations. Les langues d'anciens fonctionnaires se sont déliées et ont confirmé l'existence d'une telle interdiction. Le Ministère a immédiatement démenti mais cela n'a pas suffi à désamorcer la polémique.

- 5 Barton Bibler n'a sans doute pas le panache d'un Edward Snowden ou d'un Bradley Manning. Il n'a pas ébranlé la politique internationale américaine. Il n'a d'ailleurs à proprement parler rien dénoncé. Barton Bibler n'est ni un justicier, ni un héros. Il ne sera pas élu personnalité de l'année par un prestigieux journal. C'est un fonctionnaire ordinaire qui, à un moment donné, dans le cadre de son travail, a estimé devoir s'exprimer sur un sujet d'intérêt général (le réchauffement climatique), ce qui l'a conduit à s'opposer à sa hiérarchie et à subir des représailles en conséquence.
- 6 Barton Bibler aurait pu décider de se soumettre aux instructions et modifier son mémo. Après tout, le Gouverneur Rick Scott est connu pour ses positions climato-sceptiques. Il s'est exprimé publiquement sur ce thème et c'est en connaissance de cause qu'il s'est fait élire. Que l'administration qu'il dirige agisse en cohérence avec ses positions semble compréhensif. Cette cohérence suppose de parler d'une seule voix. C'est pourquoi, les agissements contraires d'agents comme Barton Bibler peuvent s'apparenter à des trahisons qui viennent briser l'unité du groupe. La fidélité à l'institution supposait donc que Bibler obtempère.
- 7 Mais en refusant de modifier son mémo, Barton Bibler a voulu exprimer une conviction profonde. Son éthique personnelle et professionnelle lui imposait d'évoquer l'existence de risques pesant sur l'environnement et la collectivité des habitants. Bibler s'est senti indistinctement citoyen dans la Cité et sur son lieu de travail. Employé hautement qualifié, exerçant des fonctions à responsabilités et donc disposant d'une certaine autonomie, Bibler a agi en conscience comme lui dictait sa morale. Sa probité supposait effectivement qu'il maintienne ses propos et refuse de se soumettre.
- 8 En bravant sa hiérarchie, Bibler a-t-il été déloyal ? Au-delà du cas d'espèce, cette affaire révèle toute l'ambivalence de la notion de loyauté. La langue française restitue particulièrement bien cette dualité en distinguant loyauté et loyalisme. Alors que la loyauté désigne des qualités personnelles, une attitude d'esprit, une vertu, une droiture ou encore une force de caractère qui exclut la tromperie et le mensonge², le loyalisme, expression plus récente, renvoie à l'idée de fidélité à un régime ou à une organisation (politique, religieuse, économique, etc.) mais aussi à celle d'obéissance et de dévouement³.
- 9 Or, comme l'illustre le cas de Bibler, loyauté et loyalisme peuvent entrer en conflit et le salarié se trouver tiraillé entre un intérêt moral supérieur et sa fidélité à l'institution. C'est le cas des situations d'alerte qui nous intéressent. En effet, toutes les alertes ne se valent pas. Certaines constituent une aide précieuse et un bénéfice direct pour l'entreprise. Par exemple, l'ouvrier d'usine qui signale à sa hiérarchie des défauts susceptibles de causer des dommages graves et imminents pour sa vie et sa santé sert a priori les intérêts de son employeur. En revanche, le cadre qui dénonce des malversations d'un supérieur hiérarchique punissables pénalement, ou encore qui, grâce à son expertise, est en mesure de dénoncer les économies réalisées par la direction en recourant à un procédé de fabrication bas de gamme présentant des risques pour la santé ou l'environnement, viole ses obligations de confidentialité et de loyauté, ignore les instructions et entre en dissidence.
- 10 Les travaux d'Albert Hirschman, économiste américain s'étant aventuré sur les terres de la sociologie, de la science politique et de la philosophie, apportent un éclairage sur les enjeux d'un tel problème. Dans son ouvrage « Défection et prise de parole » (1995) (*Exit, Voice & Loyalty*, 1970), Hirschman analyse la manière dont les individus réagissent lorsqu'ils sont dans une situation d'insatisfaction, de frustration ou d'injustice.

Hirschman observe que l'individu insatisfait dispose essentiellement de deux options : faire défection ou prendre la parole. Ses résultats s'appliquent à toutes les situations et à toutes les institutions (mariage, partis politiques, famille, fonction publique), si tant est qu'il a été jusqu'à mobiliser sa théorie pour expliquer les origines de la Nation américaine ! Dans tous les cas étudiés, l'option entre la défection et la prise de parole dépend essentiellement d'un facteur : la disponibilité de biens ou services alternatifs d'une qualité équivalente. Cependant, Hirschman explique que la loyauté vient perturber ce choix binaire relativement simple. En effet, habité par un sentiment d'attachement à l'organisation, l'individu insatisfait aura tendance à prendre la parole pour changer les choses de l'intérieur, alors même que d'autres institutions seraient prêtes à l'accueillir. En conséquence, l'auteur conclut que la loyauté est utile à la Société car elle empêche la démission des acteurs les plus influents, c'est-à-dire ceux les plus à même de conduire les changements. Elle favorise l'action individuelle et collective, mais une action constructive car visant à corriger les défauts et dysfonctionnements de l'institution.

- 11 Étant donné l'utilité sociale du sentiment d'appartenance à l'institution, ce qu'Hirschman dénomme « loyauté » mais qui relève en réalité du « loyalisme », comment les droits français et américain perçoivent-ils cette prise de parole individuelle qui fait du lanceur d'alerte un agent « embarqué » (*embedded*), un pied dans l'entreprise en tant que salarié, un pied à l'extérieur en tant que « procureur privé » œuvrant pour le Bien public ? Comment ces deux droits appréhendent-ils la transformation du rapport hiérarchique qu'engendre l'exercice de l'alerte ? Permettent-ils d'articuler dissidence et loyauté afin de faire du salarié un même et unique citoyen dans la Cité et dans l'entreprise ?
- 12 Sur le plan juridique, si l'on considère que l'alerte a pour fondement la liberté d'expression, liberté qui n'est pas absolue, alors se pose la question de savoir dans quelle mesure le droit peut faire prévaloir une conception harmonieuse du rapport entre liberté fondamentale et loi contractuelle, et donc du conflit entre loyauté, entendue comme qualité personnelle, et loyalisme, comme fidélité à l'institution. En somme, faire prévaloir une conception du pouvoir patronal, du lien de subordination et de l'obéissance qui soient compatibles avec l'expression d'une dissidence salariale constructive.
- 13 Sur le plan terminologique, la dissidence dont il est ici question prend les traits d'une alerte. Cependant, le terme « alerte » se prête à des définitions variables ne comportant, il a été dit, pas toujours d'expression d'une dissidence, c'est-à-dire d'une insubordination commandée par notre conscience. Le thesaurus du Bureau International du Travail (ILO) qui a intégré le terme anglais « whistleblowing » depuis 2005, apporte des éléments de définition utiles. L'alerte (dénommée en français « dénonciation d'abus ») se définit comme « la dénonciation par les employés ou ex-employés de pratiques illégales, irrégulières, dangereuses ou moralement répréhensibles ». Au-delà des motifs du signalement, c'est-à-dire de la nature et de la variété des pratiques dénoncées, sujet particulièrement délicat, le lanceur d'alerte est animé par la volonté de modifier un état de fait jugé insatisfaisant. Or, il a été dit que cet animus combatif pourra l'amener à résister à sa hiérarchie, et que cette résistance est précisément le marqueur de la dissidence. En ce sens, la dissidence est le résultat d'un franchissement ; franchissement d'une hésitation à agir car le salarié connaît les risques de représailles que sa dénonciation peut produire. Ces mesures de représailles

concernent, en premier chef, les salariés actuels de l'entreprise, et comprennent largement le licenciement, l'absence de promotion, la mutation, l'affectation à un autre poste, la discrimination, la surcharge de travail, la « mise au placard », etc. Mais les anciens employés ne sont pas en reste, tant certains effets du contrat de travail se prolongent au-delà de son terme, comme il en est justement de l'obligation salariale de loyauté. Par ailleurs, le droit pénal particulièrement pertinent en matière d'alertes – la dénonciation étant susceptible de nuire à la réputation de l'entreprise ou impliquant de violer certains secrets protégés – atteint indistinctement les salariés actuels et passés. Par la voie de plaintes pour dénonciation calomnieuse, diffamation ou injure, ou encore pour violation du secret professionnel, etc., le spectre de l'arme pénale joue pleinement comme mesure de représailles. Ainsi, et en dépit des risques auxquels il s'expose, c'est en conscience que le salarié lanceur d'alerte choisira de prendre la parole.

- 14 Les ressorts dissidents, voire militants, de l'alerte étant ainsi posés, comment les droits américain et français appréhendent-ils ce mécanisme très particulier, autant associé à la démocratie participative et aux nouveaux modes d'action publique qu'à la Responsabilité Sociale des Entreprises (RSE) et à la *corporate governance* ? L'appréhension juridique de l'alerte dans les deux droits, qui passe à la fois par l'encadrement de l'exercice de l'alerte mais aussi par la reconnaissance de certaines garanties au lanceur d'alerte, révèle certaines spécificités qui expliquent pourquoi les États-Unis, avant la France, ont cherché à offrir à la personne du salarié lanceur d'alerte des protections particulières (I).
- 15 Reste que le signalement de faits condamnables dans l'entreprise peut mettre à mal l'engagement loyal du salarié vis-à-vis de son employeur. Dans les deux droits, cet engagement trouve une traduction dans l'obligation contractuelle de loyauté qui incombe à tout salarié. Ainsi, quelles implications l'alerte produit-elle pour l'obligation salariale de loyauté aux États-Unis et en France ? Mais au-delà, comment l'application qui est faite des dispositifs de protection des lanceurs d'alerte favorise-t-elle ou au contraire minimise-t-elle le conflit entre loyalisme et loyauté ; conflit qui paralyse la prise de parole et conduit irrémédiablement à la défection (II).

I L'appréhension juridique de l'alerte aux États-Unis et en France

- 16 L'appréhension juridique de l'alerte prend essentiellement deux chemins. L'alerte peut être schématiquement appréhendée soit sous l'angle de la protection d'une personne des conséquences de l'alerte qu'elle a lancée, soit sous l'angle de ses modalités d'exercice et conditions de mise en œuvre, dans le respect des droits et libertés de ceux qui l'exercent ou peuvent en subir les conséquences. L'encadrement juridique des modalités d'exercice de l'alerte n'est devenu un sujet que récemment, à la faveur de la prise de conscience des autorités politiques, de la société civile et des entreprises, des virtualités de l'alerte en tant qu'outil de gouvernance et d'observance des impératifs législatifs. Ainsi, c'est davantage sous l'angle d'une protection offerte à la personne auteur de la dénonciation que l'alerte fut d'abord appréhendée. Cependant, des deux côtés de l'Atlantique, les premières mesures de protection des lanceurs d'alerte n'ont pas directement consisté à offrir aux salariés des garanties contre d'éventuelles sanctions d'ordre disciplinaire, mais ont imposé à tout agent public et à tout citoyen de dénoncer les violations du droit les plus graves⁴. La consécration d'un tel devoir a eu

pour effet de légitimer la dénonciation de l'agent, et donc de le protéger indirectement des conséquences de sa prise de parole. Cependant, ces premières obligations d'alerter, parfois complétées par des incitations à l'alerte⁵, ne donnent à la personne du lanceur d'alerte aucun choix. La dénonciation ne résulte pas d'une décision, en conscience, avec les risques de représailles afférents. Il s'agit d'une obligation. C'est pourquoi, l'appréhension juridique de l'alerte ici envisagée portera davantage sur les garanties offertes aux salariés qui, dans les relations de travail, et par un acte de pure libre volonté, ont pris la parole, au risque d'en subir les conséquences. À cette fin, il convient successivement d'examiner l'état du droit positif aux États-Unis (A), puis en France (B).

A Aux États-Unis

- 17 Dans les relations de travail, la prise de parole peut prendre plusieurs formes. Soit celle de l'action collective par la voie de la grève, des boycotts, de la conclusion d'accords de *hot cargo* etc. ; soit celle de l'action individuelle, c'est-à-dire du retrait et de l'alerte. Aux États-Unis, le faible taux de syndicalisation⁶ et les limitations intrinsèques du *labor law*⁷ expliquent la préférence accordée au développement de la prise de parole dans sa dimension individuelle. Mais cette forme de prise de parole, sans protection du groupe, se révèle des plus risquées dans un pays où la toute puissante théorie de l'*employment-at-will* rend le salarié particulièrement vulnérable (1). Toutefois, dans la mesure où cette prise de parole vise à faire prévaloir en lui le sens de l'intérêt général, le juge et le législateur ont accepté de restreindre la suprématie du pouvoir patronal en offrant une protection aux salariés lanceurs d'alerte contre les représailles de leurs employeurs. Moins un corpus juridique homogène qu'un mélange hétéroclite de dispositifs qui pourtant se nourrissent les uns des autres, la protection du lanceur d'alerte aux États-Unis repose sur des sources législatives et de common law (2), ainsi que sur des sources constitutionnelles (3).

1 Le principe de l'*employment-at-will*

- 18 Aux États-Unis, l'alerte ne peut se comprendre sans avoir à l'esprit la règle cardinale qui régit les relations de travail des salariés du secteur privé et qu'incarne le principe de l'*employment-at-will*. En effet, ce principe, et son pendant en matière de licenciement, celui du *termination-at-will*, structure tout le contentieux social et illustre la suprématie du pouvoir de direction de l'employeur dans le droit des relations de travail⁸. Selon ce principe, l'employeur est libre de mettre fin à la relation salariale à tout moment pour « une bonne cause, en l'absence de cause ou même pour une cause immorale »⁹. Cette doctrine proprement américaine et qui ne connaît pas d'équivalent dans la tradition anglaise, trouve ses origines dans un ouvrage publié en 1877 et portant sur le droit des maîtres et serviteurs¹⁰. Dans cet ouvrage, l'auteur cite quatre décisions de justice ayant apparemment dégagé un tel principe¹¹. Sur cette base, il présente la règle de l'*employment-at-will* comme « inflexible »¹². Pour ce dernier, la justification repose sur le droit de propriété et la liberté contractuelle, tous deux issus de la clause constitutionnelle du *due process*, ainsi que sur la déférence due par les juges aux parties, et singulièrement à l'employeur. Suite à la parution de l'ouvrage, les tribunaux commencèrent à s'y référer dans leurs décisions de justice, et grâce au processus incrémental de fabrication du droit caractéristique de la common law, le principe connut une phase de consolidation. Au tournant du 20^e siècle, l'idéologie dominante du

laissez-faire paracheva son ancrage dans le droit des relations de travail. Jusqu'à ce jour, et malgré les critiques, le principe de l'employment-at-will n'a jamais été formellement démenti. C'est, par conséquent, à sa lumière que doit s'apprécier l'encadrement juridique de l'alerte.

2 Les fondements législatifs et de common law de la protection du lanceur d'alerte

- 19 Le salarié lanceur d'alerte lésé pourra contester la mesure de représailles dont il prétend faire l'objet sur la base de dispositions législatives lui ayant expressément reconnu un droit d'action¹³. Selon des modalités variables, et à la libre interprétation des juges, c'est le cas de lois fédérales adressant généralement la question comme le *Whistleblower Protection Act*¹⁴ qui concerne les employés du secteur public ; mais encore des lois contenant des dispositions particulières à cet effet comme les lois *Sarbanes-Oxley* et *Dodd-Frank Wall Street Reform and Consumer Protection* en matière de sécurité financière¹⁵, la loi OSHA en matière d'hygiène, santé et sécurité au travail¹⁶, mais aussi comme sept lois fédérales de protection de l'environnement¹⁷, et de bien d'autres législations encore. Dans chacune de ces lois, le Congrès américain a confié au *Secretary of Labor* et à son *Office of Administrative Law Judges* la responsabilité de recevoir, instruire et donner suite aux plaintes de salariés s'estimant victimes de mesures de rétorsion. Par exemple, dans la loi sur l'air (*Clean Air Act*), le législateur a fait le choix d'une formule que l'on retrouve dans les autres lois environnementales, et au terme de laquelle un salarié est protégé contre les représailles de son employeur « s'il a été à l'origine ou a lui-même commencé une procédure (administrative ou judiciaire) prévue par la loi dont il demande la protection ; mais aussi s'il a témoigné à l'occasion d'une procédure formelle, ou tout simplement s'il a aidé, participé ou collaboré de quelque manière que ce soit à la réalisation des objectifs de la loi »¹⁸. A l'issue de son instruction, le *Secretary of Labor* rend une ordonnance au terme de laquelle, si une violation est constatée, l'employeur peut être enjoint de prendre toutes les mesures nécessaires pour y mettre fin, de réintégrer le salarié dans ses fonctions précédentes, et de compenser tous les préjudices qu'il aurait subis du fait de la mesure de représailles illégale. Ces protections législatives doivent être lues en complément des clauses de *citizen suits* contenues dans la plupart des lois environnementales et qui autorisent toute personne à revêtir l'habit de « procureur privé », sorte de gendarme de la bonne application des lois. Ainsi, la conjonction des dispositions législatives protégeant les lanceurs d'alerte avec celles autorisant les *citizen suits* fournit une illustration topique du paradigme de la gouvernance, caractérisée ici par une collaboration entre acteurs publics et privés au stade du contrôle de l'exécution d'une réglementation traditionnelle¹⁹.
- 20 À côté de ces sources législatives fédérales, la protection juridique du lanceur d'alerte repose également sur la common law qui s'applique, selon des modalités variables, dans chaque Etat fédéré. Le salarié lésé pourra contester la décision de l'employeur qui lui fait grief en se fondant sur un droit d'action pour licenciement abusif (*wrongful termination tort*) issu du droit de la responsabilité délictuelle (*tort law*), et donc de la common law. Sans cesse nourri par la force créatrice des juges, ce *tort* prévoit que sera considérée comme abusive, et donc ouvrant droit à réparation, toute mesure ou décision de l'employeur ayant été motivée par les agissements d'un salarié qui, alors, poursuivait l'intérêt public (*public policy*)²⁰. L'exception d'intérêt public connaît des

applications qui dépassent le droit du licenciement et de la responsabilité. Issue de la common law anglaise²¹, elle est l'expression plus large d'un principe selon lequel les tribunaux ne peuvent ordonner l'exécution des dispositions d'un contrat contraires à l'intérêt public²². Ainsi, en fonction des juridictions, l'exception pourra être retenue pour des salariés ayant témoigné devant des commissions d'enquêtes publiques, ayant fait valoir certains de leurs droits sociaux, ayant refusé de violer la loi ou en avoir rapporté les violations, etc.²³ S'il n'est pas aisé de cerner les contours de ce que recouvre la notion d'intérêt public, il apparaît qu'au minimum, l'exception s'applique au refus de violer la loi au sens large, mais aussi à la dénonciation de sa violation²⁴. Ainsi, elle englobe, en théorie, outre les lois environnementales susmentionnées, toutes les autres lois environnementales ne garantissant aucune protection au *whistleblower*²⁵, voire possiblement au-delà, les lois intéressant plus largement les droits de l'Homme, l'information des citoyens, l'éthique, la lutte contre la corruption, la gouvernance d'entreprise, etc. qui pourraient ne pas prévoir de droit d'action²⁶, mais qui se verraient néanmoins produire des effets par la voie indirecte de la common law²⁷.

3 Les fondements constitutionnels de la protection du lanceur d'alerte

- 21 À côté des droits d'action qui lui sont reconnus par des sources législatives et de common law, le salarié qui subit les effets indésirables de sa dénonciation peut également rechercher la protection directe du Premier Amendement de la Constitution américaine qui reconnaît à tout citoyen la libre expression de ses opinions. Cependant, en mai 2006, la Cour suprême des États-Unis rendit ce qui fut qualifié comme « la pire décision sur les lanceurs d'alerte » depuis un demi-siècle²⁸. Dans cette affaire, la Cour suprême jugea à cinq voix contre quatre que « Lorsqu'un employé du secteur public fait des déclarations orales ou écrites conformément à la tâche qui lui a été assignée, il ne s'exprime pas dans le cadre du Premier Amendement, et la Constitution considère ces communications comme relevant du pouvoir disciplinaire de l'employeur »²⁹. Les faits concernent un assistant du bureau de l'Avocat général (*district attorney*) de Los Angeles qui, après avoir été informé par l'avocat de la défense que l'un des actes (*affidavit*) sur lesquels reposait l'enquête de police, et donc l'accusation, avait été établi sur la base de déclarations inexactes et trompeuses (*misrepresentation*), mena lui-même ses propres investigations qui vinrent confirmer les allégations de l'avocat. Il contacta alors l'officier de police qui avait apposé sa signature à l'acte litigieux, et insatisfait par ses explications, rédigea un mémorandum recommandant un non-lieu en raison de l'irrégularité procédurale commise par l'officier. Insensibles à cette recommandation, les supérieurs hiérarchiques poursuivirent l'accusation, et, appelé à témoigner à l'occasion du procès pénal, l'assistant zélé confirma et justifia sa position exprimée dans le mémorandum. S'en suivit une série de mesures prises par sa direction que l'assistant perçut comme des représailles contre ses prises de position. L'assistant intenta un recours, d'abord en interne, puis qui s'acheva devant la plus haute juridiction fédérale. Devant les neuf juges, la question consistait essentiellement à savoir si les déclarations contenues dans le mémorandum rédigé par l'assistant dans le cadre de ses fonctions étaient ou non protégées par le Premier Amendement. La réponse, livrée sous la plume du Juge A. Kennedy, fut résolument négative. Pour ce dernier, « restreindre un discours dont l'existence même relève d'une responsabilité professionnelle ne porte pas atteinte à la liberté d'expression du salarié en tant que citoyen », car précisément il n'agissait pas en citoyen. Et le juge d'ajouter « quand il se

rendit au travail et exécuta la tâche pour laquelle il était payé, Ceballos [l'assistant] agissait comme employé du gouvernement ». Au-delà du choix du critère pour déterminer le champ de la protection constitutionnelle (est-ce que le discours relève de la tâche assignée au salarié (*job duty*) ?)³⁰, la Cour semble affirmer que passées les portes de l'entreprise, le citoyen voit son expression se transformer lorsqu'elle est associée à l'exercice de sa fonction d'employé ; et qu'il n'est alors, en quelque sorte, plus citoyen. Alors que nous reviendrons sur les implications de cette décision majeure pour la conception de la loyauté que la Cour semble épouser, il convient à présent d'examiner comment la France s'est plus tardivement dotée de dispositifs de protection des lanceurs d'alerte.

B En France

- 22 En France, la faveur traditionnelle accordée à la voix des combats collectifs et le droit disciplinaire tout orienté qu'il est vers la sécurisation de l'emploi, n'ont pas suscité les mêmes besoins de reconnaissance d'un statut spécifique au salarié lanceur d'alerte. Pourtant, ces gardes fous ne sont pas infaillibles et l'accroissement en aval des responsabilités individuelles de salariés ayant gagné en autonomie, sans cesse appelés à se former et à acquérir de nouvelles compétences, plaide aujourd'hui en faveur de l'institution d'un socle commun entre les divers dispositifs sectoriels. Alors que dans un premier temps, l'alerte a essentiellement été appréhendée, soit sous l'angle de la liberté d'expression, soit sous celui d'un procédé ou mécanisme à respecter (1), ce n'est que depuis récemment qu'à ces protections traditionnelles se sont ajoutées des dispositifs spécifiques offrant à la personne qui a lancé l'alerte de meilleures garanties contre les effets indésirables qu'elle peut produire (2).

1 Les protections traditionnelles

- 23 En ce qu'elle constitue une « prise de parole » salariale, l'alerte – sans être expressément dénommée comme telle – peut d'abord être appréhendée sous l'angle de la liberté d'expression. Dès 1982, le législateur français a posé le principe de l'encadrement du pouvoir disciplinaire du chef d'entreprise et du règlement intérieur, au moyen notamment de l'interdiction de toute discrimination³¹. Dans le même texte, il consacra, en outre, un droit spécifique d'expression des salariés sur « le contenu et l'organisation de leur travail ainsi que sur la définition et la mise en œuvre d'actions destinées à améliorer les conditions de travail dans l'entreprise »³². La jurisprudence est venue préciser les contours et les modes d'exercice de cette liberté individuelle en énonçant, notamment, dans la célèbre affaire Clavaud que ce droit d'expression valait autant à l'intérieur qu'à l'extérieur de l'entreprise lorsque le salarié s'est exprimé par voie de presse³³. Mais la protection judiciaire de la prise de parole du salarié ne se limite pas aux conditions de travail puisque – au visa non pas de la liberté d'expression mais des règles gouvernant la légalité de la rupture du contrat de travail et l'appréciation des motifs du licenciement – la chambre sociale estime que le fait pour un salarié de porter à la connaissance d'un tiers des faits concernant l'entreprise et lui paraissant anormaux, qu'ils soient ou non susceptibles de qualification pénale, ne constitue pas en soi une faute³⁴. Reste que, si la liberté d'expression garantie à toute personne, qu'elle soit ou non salariée, n'est jamais absolue, elle connaît dans l'entreprise des limitations notables. Miroir des responsabilités professionnelles du

salarié, ces limitations illustrent les difficultés du droit à protéger la prise de parole de ceux le plus dans un conflit de loyautés. C'est ce que nous examinerons plus loin.

- 24 En ce qui concerne l'alerte expressément dénommée, le législateur français a institué, quelques mois après la loi du 4 août 1982 relative aux libertés des travailleurs dans l'entreprise, un « droit d'alerte et de retrait » au profit du salarié³⁵, dans le domaine certes limité de l'hygiène et de la sécurité au travail, et dont les modalités d'exercice sont précisées dans un titre dédié dans le code du travail. De son côté, la doctrine a pu s'efforcer de démontrer l'existence d'un devoir de lancer l'alerte à partir de l'obligation salariale de sécurité énoncée à l'article L. 4122-1³⁶. Quant au juge, il s'est lui aussi intéressé à l'alerte en tant que telle, mais principalement pour s'assurer qu'elle ne porte pas atteinte aux droits des travailleurs. Dans sa « ligne de mire », les systèmes d'alerte professionnelle ou éthique auxquels recourent abondamment les grandes entreprises depuis l'adoption en 2003 de la loi Sarbanes-Oxley. Incitées voire intimidées de se doter de politiques de gestion des risques, notamment par la mise en place des programmes de compliance, ces entreprises font reposer le respect des dispositions de leurs chartes éthiques sur des systèmes d'alerte visant à ce que les salariés signalent, souvent de manière anonyme, tout problème pouvant sérieusement affecter l'activité ou gravement engager la responsabilité de l'entreprise³⁷. En tant qu'ils entraînent le traitement de données à caractère personnel, les systèmes privés d'alerte ont fait l'objet d'un examen par la CNIL qui, pour ne pas emporter la censure du juge³⁸, a défini un régime d'autorisation³⁹ ; le législateur ayant estimé qu'une réglementation des chartes éthiques n'était pas prioritaire⁴⁰.

2 Les nouveaux dispositifs

- 25 A la faveur de certaines affaires médiatiques retentissantes au début des années 2010⁴¹, mais aussi d'évolutions normatives aux échelles de l'Union européenne et du Conseil de l'Europe, le législateur français a été récemment amené à adopter de nombreuses dispositions relatives à la protection des lanceurs d'alerte. Corruption⁴², sécurité des produits de santé⁴³, santé publique et environnement⁴⁴, conflits d'intérêts dans la vie publique⁴⁵, crimes et délits de toute nature⁴⁶, renseignement⁴⁷, etc., ces dernières années ont été marquées par l'adoption successive d'une kyrielle de lois contenant des mesures protectrices des lanceurs d'alerte. Si certaines d'entre elles organisent, en outre, les modalités d'exercice et le traitement de l'alerte parfois avec précision⁴⁸, toutes consacrent une protection de principe de la personne qui a lancé l'alerte contre les représailles de sa hiérarchie. Ainsi, dans des formulations quasi-identiques, le législateur énonce au fil de ses interventions que, d'une part, aucune personne ne peut subir de mesures de rétorsion ou de discrimination pour avoir relaté ou témoigné, de bonne foi, de certains faits dont il aurait eu connaissance dans l'exercice de ses fonctions ; que, d'autre part, tout acte contraire à cette interdiction est sanctionné par la nullité de plein droit ; et qu'enfin, en cas de litige avec un salarié de bonne foi, c'est à l'employeur qu'il incombe la charge de prouver que sa décision était justifiée. Poursuivant son entreprise réformatrice, le législateur pourrait – avec le projet de loi relatif à la transparence, à la lutte contre la corruption et la modernisation de la vie économique (dit Sapin II) – franchir le pas d'une définition de l'alerte, et qui plus est large, puisqu'elle couvrirait, outre les crimes, délits, violations des lois et règlements et du droit international conventionnel et dérivé, les menaces et préjudices graves pour l'intérêt général⁴⁹. De son côté, et en application d'autres dispositifs, le juge œuvre lui

aussi à la construction d'un corpus de règles protectrices de celui qui signale des faits condamnables dans l'entreprise. Dans un arrêt remarqué rendu le 30 juin 2016⁵⁰, et toujours en matière disciplinaire, la chambre sociale de la Cour de cassation a jugé au visa de l'article 10 § 1 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales que la mesure de licenciement pour faute grave prise par l'employeur à l'encontre de son salarié ayant dénoncé des faits susceptibles de constituer une infraction pénale, était nulle de plein droit quand bien même le dispositif de protection des lanceurs d'alerte institué par la loi du 6 décembre 2013 relative à la lutte contre la fraude fiscale et la grande délinquance économique et financière n'était pas applicable. Si nous reviendrons plus longuement sur les implications de ces jurisprudences pour l'obligation salariale de loyauté, encore convient-il de souligner l'incomplétude de ces protections sectorielles. En effet, alors qu'en matière disciplinaire les dispositifs en place semblent généralement appropriés, l'articulation avec le droit pénal apparaît, elle, plus problématique. De fait, la plupart des textes relatifs à l'alerte adoptés ces dernières années reste muette sur sa conciliation avec l'ensemble des secrets pénalement protégés (secret médical, secret professionnel, secret des affaires, secret de la défense nationale, etc.). Même issue d'une juridiction étrangère, la décision du tribunal d'arrondissement du Luxembourg rendue le 29 juin 2016 dans l'affaire « Luxleaks », et condamnant à 12 mois de prison avec sursis deux anciens collaborateurs de la firme d'audit Pricewaterhouse Coopers pour « vol, violation du secret professionnel et du secret des affaires »⁵¹, fournit une illustration emblématique du refus de faire prévaloir des impératifs éthiques et de citoyenneté sur le respect du secret économique. Or, tous les secrets ne se valent pas, et il appartient au seul législateur d'énoncer clairement les secrets protégés par la loi qu'il entend lever⁵². En matière commerciale, les récentes évolutions européennes⁵³ indiquent que la faveur n'est pas à l'immunité pénale du lanceur d'alerte mais à la prééminence du secret, dont la définition retenue est « abasourdissante »⁵⁴ tant elle est extensive.

- 26 À côté des législations sectorielles récemment adoptées, la liberté d'expression constitue la première protection offerte par le droit à la personne du lanceur d'alerte. Cependant, les limitations qu'elle connaît dans l'entreprise, et qui ne sont bien souvent que le reflet des responsabilités professionnelles du salarié, ne permettent pas de garantir à celui dont la conscience commanderait qu'il prenne la parole une protection efficace. À l'inverse du salarié syndiqué, le salarié ordinaire s'étant librement exprimé demeure en proie aux représailles de son employeur. Parfois « autorisées », ces représailles incarnent fondamentalement l'autre versant de la liberté, son yang : opposé mais symbiotique. Cet autre versant, c'est l'obéissance, la féauté, le dévouement, la subordination, ou encore la loyauté. C'est donc avant tout la loyauté et ses avatars que vient bousculer la prise de parole salariale ; mais c'est aussi cette loyauté qui autorise les restrictions à sa liberté. C'est ce qu'il convient d'examiner à présent.

II La rencontre entre l'alerte et l'obligation salariale de loyauté

- 27 Contrairement à d'autres formes d'expression salariale, l'alerte est le fruit d'une volonté du salarié de modifier certaines pratiques condamnables dans l'entreprise en

raison de leur illégalité ou – et les choses sont alors plus délicates – en raison de leur caractère « irrégulier, dangereux ou moralement répréhensible »⁵⁵. La loyauté qui l'habite – entendue comme qualité personnelle excluant le mensonge – le conduit à faire prévaloir en lui le sens civique, et donc à prendre la parole, faisant de sa personne un même et unique citoyen, tant dans la Cité que dans l'entreprise. Mais cet animus combatif qui est aussi une cohérence d'attitude et de conviction, quel que soit le lieu, pourra dans l'entreprise amener le salarié à résister à sa hiérarchie, et cette résistance prendre les traits de la dissidence. Or, il est apparu que le sentiment d'attachement à une institution, ce que l'on a dénommé le loyalisme, est socialement utile car il incite à la mobilisation plutôt qu'à la défection, en évitant la démission des acteurs les plus influents car les plus à même de corriger les défauts et dysfonctionnements de l'institution. Comment préserver ce sentiment de fidélité à l'institution sans entraver sa conscience et étouffer sa probité ? Comment minimiser le conflit entre loyalisme et loyauté pour faire place à cette forme particulière de l'employé-citoyen du 21^{ème} siècle qu'est le lanceur d'alerte ? Le droit peut-il s'abstenir d'imposer des obligations contraires ? En d'autres termes, les constructions juridiques de l'obligation salariale de loyauté, des sanctions de son manquement, mais aussi de la liberté d'expression et des limitations qu'on peut lui apporter, en général et dans l'entreprise, peuvent-elles accommoder l'action individuelle sans compromettre l'unité du groupe ? Dans le langage juridique, la loyauté dans les relations de travail revêt, très différemment aux États-Unis et en France, un sens particulier qui n'est pas l'exact équivalent de celui que lui prête le langage ordinaire. Partant de cette divergence d'approche (A), l'examen de l'implication de l'alerte pour l'obligation salariale de loyauté révèle deux conceptions différentes, et parfois surprenantes, du conflit entre loyalisme et loyauté (B).

A L'obligation salariale de loyauté aux États-Unis et en France

- 28 En France (2) comme aux États-Unis (1), l'obligation de loyauté est une obligation inhérente à tout contrat. Pourtant, dans les relations de travail, elle se conçoit très différemment des deux côtés de l'Atlantique.

1 L'obligation salariale de loyauté aux États-Unis

- 29 Aux États-Unis, l'obligation de loyauté dans l'exécution du contrat de travail est conçue comme une obligation unilatérale pesant presque exclusivement sur le salarié. Ceci s'explique par le fait qu'en droit américain la relation individuelle de travail est largement perçue comme une relation d'agence au sens de la théorie du même nom. En effet, en tant qu'agents d'une organisation, les salariés sont astreints à un devoir de loyauté envers leur *principal*, c'est-à-dire leur employeur⁵⁶. Cette obligation de loyauté consiste pour celui à qui elle incombe d'agir « pour le bénéfice de son mandant dans toutes matières en lien avec la relation d'agence »⁵⁷. Ainsi, le devoir de loyauté impose au salarié d'œuvrer activement dans l'intérêt de son entreprise, même si cela peut parfois contrarier ses propres intérêts⁵⁸. Mais au-delà de cette formule générale, le contenu de l'obligation de loyauté attendue du salarié reste marquée par son empreinte historique. Si elle supposait complète allégeance et obéissance passive du *serviteur* à son *maître* sous l'empire du droit des *masters & servants*⁵⁹, elle se prolonge aujourd'hui en imposant une quasi-communion d'intérêts avec l'employeur⁶⁰. Or, conformément à la doctrine de l'*employment-at-will*, l'employeur est seul à même de juger ce qui est dans

l'intérêt de l'entreprise, donc de se séparer du salarié dont il estimerait l'attitude insuffisamment conforme à cet intérêt. Version patronale du pouvoir managérial qui bénéficie de la *business judgment rule*, l'appréciation de la déloyauté ressort en premier lieu de l'autorité décisionnelle de l'employeur, et le juge n'ose que quelques timides incursions. Alors en pratique, le type de comportement loyal attendu par un employeur de la part de ses salariés peut varier du tout au tout. D'un bout à l'autre de l'échiquier, le salarié peut aussi bien se voir interdire de révéler certaines informations qu'au contraire être financièrement incité à le faire⁶¹, voire y être activement obligé, ou encore bénéficier de protections spécifiques contre les mesures de représailles etc.⁶². Face à cette hétérogénéité, les tribunaux fédérés et fédéraux ont appliqué des exceptions et donc développé des conceptions de l'obligation salariale de loyauté particulièrement divergentes ce qui aujourd'hui conduit certains auteurs à y voir un devoir pétri d'incohérences⁶³, et le droit des lanceurs d'alerte comme un « patchwork »⁶⁴ n'offrant qu'une protection « aléatoire »⁶⁵.

2. L'obligation salariale de loyauté en France

- 30 Contrairement aux États-Unis, l'obligation de loyauté dans les relations de travail est en France incontestablement synallagmatique. Que ce soit au stade de la négociation, de l'exécution ou de la dissolution du contrat, elle pèse tout autant sur l'employeur que sur le salarié. Issue de l'obligation générale de bonne foi inhérente à tout contrat énoncée à l'article 1104 du code civil et codifiée dans le code du travail à l'article L. 1222-1, l'obligation de loyauté connaît une double déclinaison qui n'est pas sans rappeler la distinction entre loyauté, qualité personnelle, et loyalisme, dévouement à l'organisation. En effet, elle peut être présentée comme commandant à la fois diligence et fidélité dans l'exécution du contrat⁶⁶. Lorsque l'exigence de loyauté commande une certaine diligence, et lorsqu'elle pèse sur le salarié, ce dernier peut d'abord être obligé de consentir à l'évolution raisonnable de son emploi, mais aussi s'abstenir de tout acte nuisible à l'entreprise, et dans une approche plus dynamique et positive, ce que permet le principe d'interprétation de l'article 1194 du code civil, contribuer loyalement et activement à la réalisation des objectifs fixés⁶⁷. Rattachée à la notion de diligence, la contribution loyale à laquelle un salarié est tenu variera selon le degré d'autonomie dont il dispose dans l'exécution de sa prestation de travail. Ainsi, lorsque son autonomie est réduite, « l'obligation d'exécution loyale se confondra avec le devoir d'obéissance aux instructions reçues...Le respect scrupuleux des ordres constituera le comportement loyal exigé »⁶⁸. A l'inverse, le cadre supérieur disposant d'une autorité et d'une compétence particulière est tenu à un devoir de loyauté renforcé, ce qui – sans interdire un droit de critique⁶⁹ – exclut « tout désaccord fondamental entre les orientations générales de l'entreprise et les options personnelles du cadre, même si ces dernières s'exercent dans le plus grand intérêt de l'unité de production »⁷⁰. Lorsque l'exigence de loyauté se rattache à celle de fidélité à l'entreprise, elle pèse uniquement sur le salarié. Dans ce cadre, elle impose de s'abstenir de lui faire concurrence, et peut même aller jusqu'à ce que certains auteurs aient qualifié d'« allégeance »⁷¹ à l'organisation. Les hypothèses concernent les entreprises de tendance ou affinitaires où le salarié est tenu à un mode de vie personnelle en concordance avec l'idéal poursuivi. Mais cette exigence de cohérence et de cohésion concerne également les salariés d'entreprise à finalité économique, et singulièrement les cadres. Week-ends de trekking proposés par les directions générales, stages dans l'armée, etc., ces modes d'implication

particulièrement en vogue du personnel d'encadrement visent à susciter « l'esprit d'équipe », le « Tous ensemble » dans un but d'amélioration des performances. De fait, dans les grandes entreprises où ces activités sont le plus fréquemment proposées, voire imposées, « le seul patriotisme possible est celui de l'entreprise »⁷², et singulièrement des résultats chiffrés. Dans ce contexte, le devoir de loyauté impose au salarié de se garder de tout comportement provocateur, ostentatoire ou de nature à faire douter de son adhésion, si ce n'est aux valeurs, au moins à l'objet de l'entreprise⁷³. Bien souvent en première ligne pour lancer l'alerte, les cadres sont ainsi ceux que le contrat de travail soumet le plus rudement aux impératifs de loyauté, et donc pour lesquels la dissidence est le moins tolérée. L'examen des modalités d'exercice de l'alerte appliquées à l'obligation salariale de loyauté présente dès lors un intérêt de premier plan. Il révèle, aux États-Unis et en France, des conceptions différentes, et parfois surprenantes, du conflit entre loyalisme et loyauté.

B Les implications de l'exercice de l'alerte pour l'obligation salariale de loyauté

- 31 La dénonciation de faits condamnables dans l'entreprise étant susceptible de déstabiliser certains responsables, et donc le fonctionnement de certains services ou départements, voire en haut de l'organigramme, celui du conseil d'administration, mais aussi parfois de nuire à la réputation et au crédit de l'entreprise, il apparaît légitime de discuter de l'alerte sous l'angle d'un manquement éventuel à obligation salariale de loyauté. Positivement, l'enjeu est de développer une conception de cette obligation qui intègre l'idée de dissidence constructive elle-même au cœur du mécanisme d'alerte. Alors que le droit américain semble s'éloigner de cet objectif, le droit français, lui, y parvient en partie. En effet, alors qu'un courant jurisprudentiel majoritaire aux États-Unis tend à opposer frontalement le mécanisme d'alerte au principe de l'*employment-at-will*, au prix d'une conception surprenante de la loyauté salariale ; en France, ce même devoir semble s'articuler plus harmonieusement avec l'idée de dénonciation. Ainsi, tandis que l'alerte serait aux États-Unis une *exception*, c'est-à-dire une véritable dérogation au devoir de loyauté, et donc au pouvoir patronal conduisant irrémédiablement à faire du salarié lanceur d'alerte un « mouchard » (1), elle serait en France un *principe* que viendrait tempérer le devoir salarial de loyauté. Le contenu modéré de ce devoir conduit alors à une vision du lanceur d'alerte moins perturbatrice des intérêts de l'entreprise, car davantage pensé comme « pompier » que « gendarme » (2).

1 L'alerte *exception* aux États-Unis : la promotion d'un lanceur d'alerte « mouchard »

- 32 Que ce soit sur la base d'une disposition législative spécifique, d'une action en responsabilité de *common law* contre l'employeur pour licenciement abusif (*wrongful termination*), ou de la protection constitutionnelle du Premier Amendement, les tribunaux fédérés et fédéraux ont développé une jurisprudence bien curieuse du mécanisme de l'alerte qui entre en contradiction avec une version plus moderne et sans doute moins juridique de la loyauté. Quel que soit le fondement choisi par le salarié lésé, il apparaît en effet que le droit américain favorise très clairement, et pour reprendre la formule d'Albert Hirschman, la défection plutôt que la prise de parole.

- 33 Premièrement, si tous les États reconnaissent l'exception d'intérêt public à la règle de *l'employment-at-will* et donc considèrent comme abusif ou sans cause réelle et sérieuse, le licenciement d'un salarié ayant œuvré pour cet intérêt, le contenu et la portée de cette exception varie considérablement d'un État à l'autre. Or, il apparaît que les principales divergences jurisprudentielles peuvent s'articuler autour de la manière dont le salarié a lancé l'alerte, et plus spécifiquement si la dénonciation a été faite en interne à l'adresse directe de la hiérarchie ou en externe auprès des autorités publiques compétentes, des associations, voire de la presse ou sur des forums publics. En effet, alors que tous les tribunaux tendraient à reconnaître l'exception d'intérêt public lorsque le salarié a exprimé ses soupçons à une autorité publique extérieure⁷⁴, ils rejettent parallèlement les recours de salariés lésés s'étant uniquement plaints en interne, tendant à considérer que leur opposition n'a pas été suffisamment « efficace ». Par exemple, dans un arrêt souvent cité, un juge de la Cour d'appel de l'État du New Jersey affirma « Il n'existe aucun précédent dans cet État où le licenciement d'un salarié aurait été déclaré abusif au seul motif que le salarié se serait plaint en interne d'une décision de sa hiérarchie, alors même que ce dernier n'aurait ni alerté les autorités publiques ni toute autorité extérieure compétente des soupçons de violations de l'intérêt public pesant sur son employeur, ou aurait manqué de s'y opposer de manière efficace »⁷⁵. L'une des raisons avancées pour expliquer la réticence des juges à protéger le lanceur d'alerte interne tient à ce qu'en alertant sa seule hiérarchie, le salarié n'a pas participé à faire avancer l'intérêt public de détection des violations et d'application conforme de la loi⁷⁶. Cette position est précisément celle qu'adopte la Cour suprême de l'Utah dans un arrêt où elle déclare que « si des salariés peuvent avoir l'obligation d'informer leur employeur sur des faits qui intéressent l'activité de l'entreprise, il n'en demeure pas moins que cette obligation sert avant tout l'intérêt privé de l'employeur, et donc pas l'intérêt public »⁷⁷, d'où il s'ensuivit que la Cour rejeta le bénéfice de l'exception d'intérêt public à une salariée ayant en interne alerté ses supérieurs de ce que certains collègues se livraient à des pratiques susceptibles d'être qualifiées de fraude par la loi de l'État. Si d'autres tribunaux dans d'autres juridictions ont en revanche expressément rejeté la division entre alerte interne et alerte externe⁷⁸, l'application faite des deux autres fondements protégeant le lanceur d'alerte vient également au soutien de l'affirmation d'une faveur faite à la dénonciation en externe et donc d'une incitation au déloyalisme.
- 34 Les dispositions textuelles issues de lois offrant expressément une protection au lanceur d'alerte connaissent elles aussi des applications disparates. Jusqu'à la réforme du *Whistleblower Protection Act* en 2012 pour les employés du secteur public, et à l'exception des lois *Sarbanes-Oxley* et *Dodd-Frank* en matière financière, peu de lois contenant des dispositions spécifiques au *whistleblower* protègent explicitement le salarié qui aurait rapporté certaines irrégularités à sa hiérarchie, c'est-à-dire en interne. Toutefois, lorsque les dispositions textuelles ne spécifient pas le champ de la dénonciation couvert, à l'échelle fédérale, les tribunaux ont généralement interprété ce silence comme protégeant à la fois l'alerte interne et l'alerte externe⁷⁹. Mais, une exception notable vient immédiatement limiter l'assertion. D'origine prétorienne, cette dernière est connue sous le nom de *job duty defense* et permet à l'employeur de contrer une protection législative expresse en arguant que la divulgation faisait précisément partie des attributions du salarié et que dès lors il n'a pas à être protégé. Dans une affaire emblématique de cette exclusion, une cour d'appel fédérale estima qu'un officier de police judiciaire, et plus généralement tout agent responsable de l'application des

lois dont les fonctions consistaient à enquêter et à rendre compte à ses supérieurs de la commission d'infractions était « l'incarnation même » (*a quintessential example*)⁸⁰ de l'employé qui ne devait pas bénéficier de l'immunité disciplinaire prévue par les textes. Dans le même sens, un inspecteur du ministère de l'agriculture qui reprochait à sa hiérarchie de ne pas avoir sanctionné des installations agricoles en dépit de ses propres inspections et rapports ayant constaté de nombreuses violations de la réglementation, s'est vu refuser le bénéfice du *Whistleblower Protection Act* au motif que cette loi « vise à protéger les employés du secteur public qui mettent en jeu la sécurité de leur emploi pour faire avancer le bien public »⁸¹. Et la Cour d'appel de poursuivre « c'est ce qui est attendu de tous les employés du secteur public conformément aux obligations fiduciaires [*diligence et loyauté*] envers l'employeur. Or, on ne peut pas dire que Willis [l'employé] ait personnellement pris un risque pour son emploi en exécutant simplement ce pour quoi il avait été embauché »⁸². Ainsi, en rapportant certaines violations de la loi à son supérieur, l'employé n'avait rien fait d'autre que son travail. En 2012, le *Whistleblower Protection Enhancement Act* à l'adresse des employés du secteur public est venu modifier la loi de 1994 en excluant expressément l'exception de responsabilité professionnelle (*job duty exception*) que l'employeur ne peut désormais plus opposer. Cette intervention législative particulièrement bienvenue n'a toutefois pas mis fin à la doctrine jurisprudentielle de la *job duty exception*. Non seulement elle s'est vue renforcée par la position prise par la Cour suprême dans son contrôle de l'alerte sur le terrain du Premier amendement⁸³, mais surtout, la notion de responsabilité professionnelle est également prise en compte pour les salariés du secteur privé qui souhaiteraient se prévaloir des mécanismes législatifs de protection des lanceurs d'alerte. Ainsi par exemple, plusieurs tribunaux fédéraux et étatiques considèrent que les salariés dont les fonctions consistent à contrôler le respect des activités de l'entreprise avec la législation ne peuvent bénéficier du dispositif de protection des lanceurs d'alerte prévu par le *False Claims Act* que s'ils ont explicitement fait montre à leur employeur de leur intention de saisir les autorités judiciaires, administratives ou autres, pour qu'il soit mis fin aux fraudes constatées⁸⁴. Par conséquent, la *job duty defense* a pour effet de neutraliser les divulgations d'irrégularités faites en interne. Elle limite le champ des dénonciations protégées par la loi et rappelle que communiquer certaines informations à l'employeur participe de l'exécution loyale du contrat de travail. C'est pourquoi, même en disposant d'une assise textuelle, la protection des lanceurs d'alerte est loin d'être infaillible et relève bien souvent d'un exercice d'équilibre des plus délicats.

- 35 C'est dans ce contexte particulièrement incertain quant aux modalités d'exercice de l'alerte et au champ des activités protégées qu'intervint la décision de la Cour suprême fédérale sus-évoquée dans l'affaire *Garcetti v. Ceballos*⁸⁵. Pour rappel, la Cour jugea que les déclarations écrites faites par un employé du secteur public dans un mémo à l'adresse de ses supérieurs révélant certaines violations de la loi n'étaient pas protégées par le Premier Amendement. Ces déclarations étant intrinsèquement liées à l'exercice d'une responsabilité professionnelle (encore une fois *job duty*), sa liberté d'expression protégée dans l'espace public n'était dès lors pas en jeu. Cette décision eut pour effet malheureux de confirmer la distinction interne/externe, et donc l'idée selon laquelle la citoyenneté dans la Cité ne se prolonge pas dans l'entreprise. Mais en outre, elle a pour effet pervers de ne pas protéger celui qui est précisément compétent et bien placé pour constater des irrégularités. Par conséquent, et pour être protégés, les signalements de violations de la loi faits à la hiérarchie ne devront pas correspondre à une

responsabilité professionnelle donc, ne devront pas trouver leur source dans le contrat de travail, c'est-à-dire en dehors de l'obligation salariale de loyauté. Loyalisme et loyauté sont ainsi en parfaite opposition. Le Juge Steven dissident dans l'affaire *Garcetti* qualifia de « pervers » le fait d'articuler une règle qui encourage les employés à contourner les voies internes de résolution des conflits et à éviter de parler franchement à leur l'employeur, pour aller exprimer leurs préoccupations en public, notamment dans les médias⁸⁶. Avec d'un côté la règle de l'exception d'intérêt public (*public policy exception*) qui considère que l'alerte interne sert prioritairement les intérêts privés de l'entreprise, et de l'autre celle de la *job duty defense* qui associe aisément tout signalement à la hiérarchie à une obligation professionnelle sujette au pouvoir disciplinaire, l'alerte externe se trouve insidieusement préférée. Cette faveur conduit à deux observations. D'une part, l'alerte externe opère un transfert de responsabilités envers certains tiers destinataires de la dénonciation et bénéficiant d'un statut bien identifié dans la vie politique et économique américaine. C'est le cas de la presse depuis la célèbre affaire des Pentagon Papers, mais aussi d'associations ou encore de cabinets d'avocats, etc. Les questions stimulantes sont alors celles de la protection du secret des sources pour les journalistes et organismes de presse destinataires des alertes, mais aussi du contenu et des limites du secret professionnel des avocats ou encore de l'immunité pénale de l'association qui ferait usage des informations qu'on lui a transmis en menant par exemple des campagnes négatives (appels au boycotts, etc.). D'autre part, à travers la faveur faite à l'alerte externe, il apparaît que le droit américain alimente les conflits de loyauté, incite à la défection et promeut la vision d'un salarié qui, pour être citoyen, devra bien souvent échapper à sa direction, en somme un lanceur d'alerte aux habits de « mouchard ».

2 L'alerte *principe* en France : la promotion d'un lanceur d'alerte « pompier »

- 36 Alors que l'obligation de loyauté semble perdre du terrain comme mécanisme de contrôle de la licéité de l'alerte au profit des limites traditionnelles à la liberté d'expression (a), l'exigence dans le même temps que la dénonciation ait été faite de bonne foi conduit indirectement à réintroduire l'idée de loyauté (b). Alors, il apparaît que le droit français épouse une vision plus harmonieuse du conflit entre dissidence et loyauté, même si le lanceur d'alerte est moins conçu comme gendarme que pompier (c).

Les deux types de contrôle de la licéité de l'alerte

- 37 En droit français, le contrôle de la licéité de l'alerte, c'est-à-dire de la dénonciation ayant conduit à la sanction disciplinaire contestée, peut – en théorie – soit être mené sous l'angle d'un manquement à l'obligation salariale de loyauté, ce qui conduit à recourir aux mécanismes de contrôle posés par la loi contractuelle ; soit sous l'angle d'un abus de liberté d'expression, ce qui conduit à recourir aux mécanismes de contrôle du respect d'une liberté fondamentale, avec les aménagements qu'elle connaît sur le lieu de travail. En pratique, la Cour de cassation a façonné, sous l'influence du juge strasbourgeois, une jurisprudence tendant vers la fondamentalisation du contrôle d'une mesure de représailles motivée par les propos tenus par un salarié, et dont l'arrêt rendu par la chambre sociale le 30 juin 2016 parfait la consécration⁸⁷. La position de la Cour de cassation n'a, il est vrai, pas toujours été d'une grande clarté dans la mesure où elle admet dans le même temps qu'un abus de liberté d'expression puisse se déduire de propos incompatibles avec les fonctions occupées⁸⁸. Par-là, la Haute juridiction affirme que le contrôle de propos litigieux sur le terrain d'un manquement à l'obligation de

loyauté reste possible, pourvu que les juges du fond se soient préalablement livrés à l'examen de la justification du licenciement sous l'angle d'un abus de liberté d'expression⁸⁹. Or, sur le terrain du contrôle d'une liberté fondamentale, et d'autant plus sur le lieu de travail, la « balance des intérêts » est de mise. En effet, le juge se livre à un contrôle de proportionnalité qui implique de concilier des libertés avec des impératifs souvent contradictoires, et que les aménagements particuliers relatifs au lien de subordination viennent sensiblement affecter. En effet, l'article L.1121-1 du code du travail⁹⁰ énonce, pour le principe, que « Nul ne peut porter aux droits des personnes et des libertés individuelles et collectives des restrictions », et pour l'exception, « qui ne seraient pas justifiées par la nature de la tâche à accomplir ni proportionnée au but ». Ainsi, en vertu de l'exception de l'article L. 1121-1, l'exercice d'une liberté peut se voir restreinte si « la nature de la tâche à accomplir » l'impose. Dès lors, en fonction de la tâche et du poste occupé, eux-mêmes inhérents au contrat de travail, certains salariés devront faire preuve de plus de retenue et de discrétion que d'autres. Par conséquent, en creux de l'exception de l'article L.1121-1 se loge la bonne foi du salarié, ce qui revient à réintroduire l'exigence de loyauté salariale, mais cette fois-ci, comme élément du contrôle de l'exercice d'une liberté fondamentale⁹¹.

La bonne foi comme élément du contrôle de l'abus de liberté d'expression : la réminiscence du devoir salarial de loyauté

- 38 Sous l'angle de l'exception de l'article L.1121-1, et pour bénéficier des pleines garanties offertes par la liberté d'expression sur le lieu de travail, le salarié qui a tenu les propos critiques, et a fortiori celui qui s'est livré à la dénonciation de faits condamnables, doit avoir agi de bonne foi. Toute la difficulté est alors de circonscrire cette notion. Les éclairages apportés par les constructions traditionnelles de l'obligation de bonne foi née du contrat de travail et des limites classiques à la liberté d'expression sur le lieu de travail, se révèlent riches d'enseignements. Il en ressort que l'appréciation de la bonne foi relève d'un examen au cas par cas et que plusieurs facteurs pourront être pris en compte par le juge. C'est notamment le cas de l'audience destinataire des propos litigieux ayant fondé la sanction disciplinaire contestée, mais aussi du contenu des propos eux-mêmes, ou encore de certaines particularités liées à la personne du salarié et son niveau de responsabilités dans l'entreprise.

- La bonne foi à l'aune de l'audience destinataire des propos litigieux

- 39 L'audience destinataire des propos litigieux est évidemment un critère central. Elle renvoie à la question des canaux internes et externes à l'entreprise par lesquels le salarié s'est exprimé et a dénoncé les faits litigieux. Premièrement, une distinction semble devoir être opérée entre les divers propos ayant fondé la sanction disciplinaire. En effet, alors que les tribunaux auraient tendance à retenir la mauvaise foi du salarié ayant formulé des critiques, désaccords, ou contestations de décisions et stratégies de l'employeur auprès de tiers, ils considéreraient dans le même temps comme de bonne foi la dénonciation de faits illicites auprès d'entités extérieures, ce qui est (présument) le propre de l'alerte. Contrairement aux signalements de faits portant atteinte à des intérêts collectifs, tels que l'observance de la loi, des règles éthiques ou déontologiques, voire des devoirs civiques, etc., aucun tiers ne bénéficie directement des propos critiques ou contestataires formulés. Leur diffusion à l'extérieur laisserait donc présumer une intention malveillante de la part du salarié. Deuxièmement, sous l'angle de la loyauté entendue comme fidélité à l'institution, la dénonciation devrait

d'abord être faite auprès de la direction de l'entreprise avant de l'être à l'extérieur⁹². En effet, en divulguant l'information à un tiers plutôt qu'en actionnant les canaux internes, le salarié expose publiquement les affaires intérieures du groupe auquel il appartient. Il est celui qui fissure sa cohésion. L'alerte externe met ainsi davantage son loyalisme à l'épreuve. C'est pourquoi, l'idée d'une dénonciation « graduée » a pu être avancée, notamment par le Conseil d'État dans son rapport précité⁹³. Elle consisterait à n'envisager la diffusion externe qu'en dernier recours, c'est-à-dire une fois échouées toutes les procédures internes dont devrait se doter l'entreprise et qui organiseraient la dénonciation de manière sécurisée et dans le respect des droits et libertés de tous. La définition et l'efficacité de ces procédures, dont l'établissement incomberait aux entreprises, et qui n'est pas sans rappeler les programmes de conformité dont se dote aujourd'hui la plupart des grands groupes de sociétés, notamment pour lutter contre la corruption, est évidemment un facteur clé du succès de la proposition. Mais la mise en place de ces procédures permettrait, en outre, de minimiser le conflit entre loyalisme et loyauté par la construction d'un dialogue continu entre le salarié citoyen et sa hiérarchie pour mieux redresser les dysfonctionnements de l'entreprise.

- 40 La plupart des dispositifs législatifs de protection des lanceurs d'alerte adoptés ces dernières années évoquent sur un même pied les canaux internes et externes, que sont l'employeur d'un côté, et les autorités administratives et judiciaires, de l'autre. La vision restrictive de l'audience externe, et donc du champ protégé de la dénonciation, apparaît contestable dans la mesure où les faits litigieux que le lanceur d'alerte souhaiterait dénoncer ne constituent pas nécessairement une infraction qui justifierait la compétence des autorités administratives et judiciaires, mais aussi car d'autres entités peuvent également être plus efficaces pour remédier aux dysfonctionnements observés. C'est le cas, notamment, des associations, ordres professionnels ou organismes de presse, etc. En matière de prévention des conflits d'intérêts dans la vie publique et d'alerte environnementale, le législateur français a d'ores et déjà fait le choix d'une audience externe plus large en permettant à des associations agréées ou à une commission spéciale indépendante d'être destinataire de la dénonciation. En matière environnementale et sanitaire, le législateur a été jusqu'à poser les grandes lignes des procédures dont doivent se doter les entreprises en prévoyant l'établissement d'un registre spécial dans lequel toutes les alertes sont consignées⁹⁴ et en consacrant une obligation pour l'employeur de donner suite à celles qui lui ont été adressées⁹⁵. On peut regretter que cette attention portée à l'efficacité des canaux internes, qui donc minimise le déloyalisme et favorise une conception harmonieuse du conflit entre dissidence et loyauté, ne soit pas étendue aux autres types d'alertes.

- La bonne foi à l'aune du contenu des propos litigieux

- 41 La bonne foi du salarié ayant tenu les propos litigieux s'apprécie également à l'aune de leur contenu. Plusieurs questions doivent alors être posées. Les propos à l'origine de la sanction ont-ils consisté en une critique, c'est-à-dire un désaccord ou une contestation d'une décision de l'employeur ? Ou alors ont-ils consisté en une dénonciation, entendue comme le signalement de faits objectivement condamnables ? Dans cette dernière hypothèse, quels faits méritent-ils d'être dénoncés et doivent-ils nécessairement être fondés ou de simples soupçons de violations suffisent-ils ? Enfin, les actes de résistance ou d'insubordination, comme par exemple le refus, pour un analyste financier, d'attribuer une note élevée à une société cotée, et ce en dépit des pressions exercées

par sa hiérarchie, relève-t-il de l'exercice d'une « expression » ? Les questions soulevées ici sont au cœur de la définition même de l'alerte et soulèvent de nombreuses incertitudes que les tribunaux devront éclairer. Remarquons, toutefois, que la distinction entre propos critiques et dénonciation n'est pas toujours nette. Pour un directeur administratif ou financier, la dénonciation de dysfonctionnements graves dans la gouvernance de l'entreprise peut parfois se confondre avec de simples propos critiques ou désaccords avec les actions ou stratégies du conseil d'administration. Par ailleurs, en ce qui concerne les faits méritant d'être dénoncés, et si les divers dispositifs sectoriels adoptés ces dernières années en matière de protection des lanceurs d'alerte visent les violations de larges pans de la législation, restent les champs non-couverts. Ainsi par exemple, le salarié qui dénonce des fraudes commises par une banque à la réglementation bancaire et des prises de risques inconsidérées susceptibles de mettre en péril une institution qui fait également office de banque de détail pour des millions de particuliers, ne bénéficie d'aucune protection contre d'éventuelles mesures de représailles⁹⁶. Certains champs sont encore plus délicats tels que les violations de règles déontologiques ou éthiques, de la RSE ou de la *soft law*. Ainsi par exemple, les pratiques d'entreprises qui violeraient les droits fondamentaux selon des standards français, mais qui sont autorisées dans des pays moins scrupuleux, doivent-elles être dénoncées en tant qu'elles sont « irrégulières » ou « moralement répréhensibles » comme le prévoit la définition de l'alerte adoptée par l'OIT ? En ce qui concerne la véracité des propos tenus par le salarié et le degré d'étayement des allégations, et nonobstant la question complexe des secrets protégés sus-évoquée, il apparaît que les tribunaux admettent généralement qu'une erreur d'appréciation du salarié ne puisse être un motif de sanction si, là encore, l'auteur de la dénonciation a été de bonne foi⁹⁷. Il s'ensuit qu'une dénonciation mensongère avec intention de nuire, comme il peut en être de termes injurieux ou diffamatoires, et qui sont les limites classiques à la liberté d'expression, n'est pas acceptable. Reste que la Chambre sociale ajoute une troisième hypothèse d'abus constituée par des propos jugés « excessifs ». Sans revenir sur la difficulté de distinguer l'excès de l'abus⁹⁸, il apparaît que pour caractériser d'éventuels propos excessifs, les juges seront notamment enclins à prendre en compte l'audience auprès de laquelle les propos ont été tenus⁹⁹, ce qui renvoie à la question du choix des canaux internes et/ou externes évoquée précédemment.

- La bonne foi à l'aune des fonctions du salarié

- 42 Quand bien même la fondamentalisation du contrôle des sanctions disciplinaires motivées par les propos d'un salarié ne va pas dans le sens d'une distinction entre salariés selon leur position hiérarchique dans l'entreprise, le principe de non-discrimination ne le permet pas, il apparaît que la bonne foi de la dénonciation sera différemment considérée en fonction du poste occupé par le salarié. Ainsi, dans son examen de la bonne foi comme élément du contrôle de l'abus de liberté d'expression, le juge pourra être amené à prendre en compte la personne même du salarié, c'est-à-dire ses attributions et niveaux de responsabilité dans l'entreprise prévus par son contrat de travail. Comme avec l'obligation contractuelle de loyauté, dont on a dit qu'elle pesait plus lourdement sur certains salariés que d'autres, la logique de conciliation inhérente au jeu de l'article L.1121-1 du code du travail conduit à nouveau le juge à prendre en compte le degré de loyauté que l'employeur peut attendre du salarié étant donné ses fonctions. L'exigence d'une contribution loyale contraignant davantage les salariés

situés en haut de l'organigramme, la licéité de la dénonciation sera plus strictement contrôlée pour les cadres, c'est-à-dire pour ceux possiblement les plus enclins à découvrir certains dysfonctionnements, accentuant irrémédiablement le conflit entre loyalisme et loyauté.

La vision d'un lanceur d'alerte pompier ?

- 43 En France, le devoir de loyauté du salarié s'articule plus harmonieusement avec la liberté d'expression, ce qui conduit à minimiser le conflit entre loyalisme, entendu comme fidélité à l'institution, et loyauté, entendue comme fidélité à l'éthique personnelle, à la morale et aux valeurs civiques. Toutefois, à bien y regarder, l'approche majoritairement retenue révèle un consensus mou autour d'une conception de l'alerte, et de celui qui la lance, moins perturbatrice des intérêts de l'entreprise, ce dernier étant davantage pensé comme pompier que comme gendarme.
- 44 En effet, alors que les salariés en haut de l'organigramme seraient plus enclins à découvrir certains types d'infractions et comportements contraires à l'ordre public en raison de leur accès aux documents les révélant, et donc occupant généralement un emploi de comptable, auditeur, juriste, directeur de département, etc., c'est aussi au bénéfice de ceux-là que le droit a le plus longtemps rechigné à offrir une protection en cas de dénonciation. Certes, la loi du 6 décembre 2013 relative à la lutte contre la fraude fiscale et la grande délinquance économique et financière a marqué une avancée ; cependant, la prise en compte du poste occupé dans l'examen de la bonne foi comme élément du contrôle judiciaire de l'abus de liberté d'expression perpétue l'idée que certaines responsabilités professionnelles sont incompatibles avec certaines formes de dissidence. En effet, la protection de cette catégorie particulière de salariés bien informés ne peut être efficace si la vigueur de leurs obligations de réserve et confidentialité, attributs de la loyauté, n'est pas dans le même temps infléchie. Si l'on en juge par les récentes positions des instances européennes en matière de secret des affaires, ce n'est pas actuellement le chemin emprunté.
- 45 D'un autre côté, en matière de risques professionnels et environnementaux qui intéressent tout particulièrement les installations industrielles et agricoles, les « simples » ouvriers ou techniciens, et au-delà agents de maîtrise, sont souvent les mieux placés pour constater les violations de la réglementation et donc en informer leurs supérieurs. Si eux aussi sont astreints à une conduite loyale, leur autonomie et initiative sont moins sollicitées. S'ensuit une exigence de loyauté de plus faible intensité, et en retour, une liberté d'expression (et donc de dénonciation) théoriquement plus étendue. Or, en prenant soin de reconnaître dès 1982 un droit d'alerte et de retrait « en cas de danger grave et imminent pour la vie et la santé » des salariés¹⁰⁰, le législateur s'est paradoxalement attaché à protéger ceux qui sont le moins dans un conflit de loyauté. Par hypothèse, l'employeur retire un bénéfice direct du signalement d'une défectuosité des machines qui menacerait la vie et la santé de son personnel, car sur le plan tant civil que pénal, c'est bien l'entreprise qui engage sa responsabilité. C'est pourquoi, au regard de notre problématique qui est celle de la prise de parole dans des situations complexes où le salarié peut être amené à jouer un rôle de premier plan en affrontant sa hiérarchie et en risquant pour son emploi, il apparaît que droit français a longtemps manqué d'ambition. Ainsi, tandis que les dénonciations qui portent sur des pratiques de gestion de dirigeants, irrégulières, immorales ou non-civiques, et impliquant une confrontation directe avec la hiérarchie, relèveraient des droits et libertés du salarié avec les tempéraments qu'on leur connaît ;

celles relatives aux produits ou procédés de fabrication menaçant la santé ou l'environnement et offrant une aide précieuse à la direction, bénéficieraient, en sus de la garantie de leurs droits, d'une protection législative spécifique renforcée par la loi du 16 avril 2013. Après le *whistleblower* mouchard aux États-Unis, il apparaît que le droit français tend à épouser la vision plus consensuelle, mais aussi plus timorée d'un lanceur d'alerte, moins gendarme que pompier.

Conclusion

- 46 Lorsqu'un salarié a connaissance de faits condamnables dans l'entreprise heurtant son sens civique et sa conscience, et que, se sentant tout autant citoyen dans la Cité que sur son lieu de travail, il décide de les dénoncer, son engagement loyal vis-à-vis de l'employeur peut se trouver mis à mal. La théorie sociologique et économique des mobilisations développée par Hirschman nous a enseigné que l'attachement à l'organisation est utile car il dissuade la défection et incite les acteurs les plus influents à prendre la parole pour corriger les dysfonctionnements dont elle souffre. La question s'est alors posée de savoir comment préserver ce sentiment de fidélité à l'institution sans que le salarié n'entrave sa conscience et n'étouffe sa probité, autrement dit, comment minimiser le conflit entre loyalisme et loyauté pour faire place à cette forme particulière de l'employé-citoyen du 21^{ème} siècle qu'est le lanceur d'alerte. L'examen de l'appréhension juridique de l'alerte aux États-Unis et en France a révélé qu'en dépit de législations sectorielles abondantes, de part et d'autre de l'Atlantique, le droit positif tel qu'il est aujourd'hui ne suffit pas pour garantir au salarié une protection efficace. *Job duty defense* en droit américain, violations de secrets protégés en droit français, l'idée de responsabilités professionnelles se pose bien souvent comme obstacle à la prise de parole salariale. Dès lors, s'est posée la question de la manière dont le droit peut s'abstenir d'imposer des obligations contraires, et plus précisément, de la manière dont il peut envisager des constructions juridiques de l'obligation salariale de loyauté, des sanctions de son manquement, mais aussi de la liberté d'expression et des limitations qu'on peut lui apporter dans l'entreprise, qui peuvent accommoder l'action individuelle sans compromettre l'unité du groupe. L'examen des implications de l'alerte pour l'obligation salariale de loyauté aux États-Unis et en France a alors révélé deux conceptions différentes, et parfois surprenantes, du conflit entre loyalisme et loyauté. Ces différences tiennent incidemment aux approches très divergentes de l'obligation salariale de loyauté dans les deux droits, mais surtout à son articulation avec l'exercice de l'alerte, tantôt perçue comme une exception, tantôt comme un principe. Aux États-Unis, la faveur faite à l'alerte externe conduit à une conception du mécanisme s'opposant frontalement à l'engagement loyal du salarié vis-à-vis de son employeur. En France, où la licéité de l'alerte n'est plus contrôlée sous l'angle de l'obligation de loyauté mais sous celui de l'abus de liberté d'expression, sans que toute référence à la loyauté n'ait pour autant disparu, l'examen a montré une approche plus harmonieuse du conflit entre dissidence et loyauté, et que certaines propositions du Rapport du Conseil d'État viendraient utilement renforcer. Reste que les salariés situés en haut de l'organigramme doivent faire preuve d'un engagement loyal plus complet, et que, ce sont aussi ceux-là qui sont les plus à mêmes de signaler les pratiques illégales, irrégulières ou immorales commises par des personnes appelées à en répondre

personnellement. Ainsi, même plus protecteur, le droit français peine encore à protéger ceux les plus dans un conflit de loyautés.

NOTES

1. S. Lauer, « En Floride, il ne fait pas bon parler climat », *Le Monde*, 25 mars 2015, disponible à l'adresse : http://www.lemonde.fr/planete/article/2015/03/24/en-floride-il-ne-fait-pas-bon-parler-du-climat_4600107_3244.html.
2. Le Robert, *Dictionnaire de la Langue française*, 2^e éd. 1991, p. 86.
3. *Id.*
4. Pour les États-Unis, v. la Résolution du 30 juillet 1778 adoptée par le Second Congrès continental : *Journals of the Continental Congress 1774-1789*, vol. 11, 1778, 2 mai – 1^{er} sept. p. 732, disponible à l'adresse : <http://www.whistleblowers.org/component/content/article/1251>. Pour la France, v. l'art. 83 du code des délits et des peines du 3 Brumaire An IV (25 octobre 1795), codifiée à l'art. 40 du Code de procédure pénale par la loi n° 57-1426 du 31 décembre 1957.
5. V. le premier « bounty system » ou « système de récompenses » instauré par le False Claims Act de 1863, 31 U.S.C. §§ 3729-3733.
6. 6, 9 % dans le secteur privé et 36,2 % dans le secteur public, ce qui fait un taux national de 11,9 %. V. U.S. Bureau of Labor Statistics, *Union Members*, Press Release, 21/01/2011 disponible à l'adresse : <http://www.bls.gov/news.release/pdf/union2.pdf>.
7. V. *infra*.
8. V. *infra*, et pour une approche historique : J. M. Feinman, « The Development of the Employment at Will Rule », *American Journal of Legal History*, vol. 20, 1976, p. 118-135 ; D. A. Ballam, « Exploding the original myth regarding employment at will : The true origins of the doctrine », *Berkeley Journal of Employment and Labor Law*, vol. 17, 1996, p. 91-130.
9. « For good cause, for no cause, or even for cause morally wrong », v. *Payne v. Western & Atlantic Railroad Co.*, 81 Tenn. 507, p. 519-520 (1884).
10. H. C. Wood, *A treatise on the law of master and servant : covering the relation, duties and liabilities of employers and employees*, Albany, N.Y., J.D. Parsons, Jr., 1877, p. 272-273, § 134.
11. Pour une critique de l'analyse de Wood, v. C. W. Summers, « Employment At Will in the United States : The Divine Right of Employers », *University of Pennsylvania Journal of Labor and Employment Law*, vol. 3, 2000, p. 65-86.
12. Wood, *op. cit.*, § 134.
13. Pour un examen des diverses lois comprenant des dispositions protectrices des lanceurs d'alerte et donnant compétence au *Secretary of Labor* (dont à son *Office of Administrative Law Judges*) pour entendre les recours de salariés lésés, v. la riche étude de W. Dorsey, « An overview of whistleblower protection claims at the United States Department of Labor », *Journal of the National Association of Administrative Law Judges*, vol. 26, 2006, p. 43-122.
14. Datant de 1994 et modifié par le *Whistleblower Protection Enhancement Act* en 2007 et en 2012.
15. 18 U.S.C. § 1514A et 15 U.S.C. § 78u-6.
16. V. Section 11(c) de la loi OSH applicable aux salariés du secteur privé employés dans des entreprises dont l'activité commerciale se déploie sur au moins deux Etats fédérés.
17. V. les lois Clean Air, Toxic Substances, Clean Water, Atomic Energy, Solid Waste, Safe Drinking Water et Superfund Acts. Pour des applications, v. par ex., *Simon v. Simmons Foods, Inc.*,

49 F.3d 386 (8th Cir.1995) (à propos des dispositions protectrices des lanceurs d'alerte contenues dans les lois *Solid Waste Disposal Act* et *Federal Water Pollution Control Act*), ou encore, *American Nuclear Resources, Inc. v. US Department of Labor*, 134 F.3d 1292 (6th Cir.1998) ; *Passaic Valley Sewerage Com'rs v. US Department of Labor*, 992 F.2d 474 (3rd Cir.1993) à propos de la disposition protectrice des lanceurs d'alerte contenue dans la loi *Energy Reorganization Act*, ou encore *Sassé v. US Department of Labor*, 409 F.3d 773 (6th Cir. 2005).

18. 42 U.S.C. § 7622(3)(a)(1)(3). V. par ailleurs, S.M. Kohn, et al., « Environmental whistleblowers and the Eleventh amendment : employee protection or state immunity ? », *Tulane Environmental Law Journal*, vol. 15, 2001, p. 43-84.

19. Ch. A. Atkins, « The whistleblower exception to the at-will employment doctrine : An economic analysis of environmental policy enforcement », *Denver University Law Review*, vol. 70, 1993, p. 537-555, ou encore S. Rutzel, « Snitching for the common good : in search of a response to the legal problems posed by environmental whistleblowing », *Temple Environmental Law and Technology Journal*, vol. 14, 1995, p. 1-53.

20. Apparemment pour l'heure, tous les États fédérés, sauf l'Alabama, la Géorgie, la Louisiane, NY et le Rhode Island, admettent cette action en responsabilité aussi dénommée « *public policy exception to at-will-employment* ». V. généralement sur ce point : M. A. Rothstein et al., *Employment Law*, West Practitioner series, 3rd ed., 2005, p. 261 et s. Parmi les nombreuses applications jurisprudentielles, v. par ex. : *Perks v. Firestone Tire & Rubber Co.*, 611 F.2d 1363 (3rd Cir. 1979) ; *Reuther v. Fowler & Williams, Inc.*, 386 A.2d 119, 121-22 (Pa. 1978).

21. *Egerton v. Brownlow*, 4 H.L.Cas. 1, 196 (1853)

22. Le terme anglais est celui de « *public policy exception* », par ailleurs particulièrement difficile à traduire. Il ne renvoie ni en effet aux notions d'*intérêt général* et d'*ordre public* particulièrement connotées en droit français, ni exactement au « bien public » au sens de « chose publique » ou *res publica*, bien que la signification s'en rapprocherait. Le terme « d'intérêt public » est ainsi préféré.

23. *Brockell v. Norton*, 732 F.2d 664 (8th Cir. 1984), *Garibaldi v. Lucky Food Stores, Inc.*, 726 F.2d 1367 (9th Cir. 1984), *Palmtree v. Int'l Harvester Co.*, 421 N.E.2d 876 (Ill. 1981), *Tameny v. Atlantic Richfield Co.*, 610 P.2d 1330, 1335 (Cal. 1980), ou encore *Parker v. M & T Chems., Inc.*, 566 A.2d 215, 218 (N.J. Super. Ct. App. Div. 1989).

24. *Egerton v. Brownlow*, *op. cit.*, Lord Truro, J. : "Public policy...is that principle of the law which holds that no subject can lawfully do that which has a tendency to be injurious to the public, or against the public good, which may be termed, as it sometimes has been, the policy of the law, or public policy in relation to the administration of the law".

25. V. en ce sens, *Ostrofe v. H.S. Crocker Co., Inc.*, 670 F.2d 1378, 1383-84 (9th Cir. 1982).

26. Comme il en est par exemple des *constituency statutes* en droit des sociétés qui permettent aux dirigeants de sociétés cibles visées par une offre publique d'acquisition de prendre en compte les intérêts d'autres parties prenantes que ceux des seuls actionnaires, mais qui ne créent cependant aucun droit au profit de ces parties prenantes, dès lors interdites de contester les décisions contraires à leurs intérêts devant les tribunaux.

27. V. contra, Ronald B. Standler, "History of At-Will Employment Law in the USA", (2000), disponible à l'adresse : <http://www.rbs2.com/atwill.htm#anchor444444>.

28. D. G. Savage, « Supreme Court Limits Free Speech in Workplace for Public Employees », *Seattle Times*, 31 mai, 2006, p. A1.

29. *Garcetti v. Ceballos*, 547 U.S. 410, p. 421 (2006).

30. V. *infra*.

31. Art. 1 de la loi n° 82-689 du 4 août 1982 relative aux libertés des travailleurs dans l'entreprise (codifiée ex. art. L. 122-45 du code du travail). « Aucun salarié ne peut être sanctionné ou licencié en raison de ses opinions politiques, de ses activités syndicales ou de ses convictions religieuses ».

32. *Id.*, art. 7 (codifiée ex. L. 461-1 et aujourd'hui L. 2281-1 et 3 du code du travail).
33. Cass. soc. 28 avril 1988, n° 87-41804. *SA Dunlop France c/ M. Clavaud*, Droit social, 1988, p. 428, note G. Couturier.
34. Cass. soc., 14 mars 2000, n° 97-43268, JCP E, 2000, n° 47, p. 1868, note C. Puigelier ; Rec. Dalloz, 2001, n° 11, p. 894, note H. K. Gaba.
35. Art. 2 de la loi n° 82-1097 du 23 décembre 1982 relative aux comités d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail codifié aux articles L. 231-8 à L. 231-9 du code du travail (ancien) et aujourd'hui art. L. 4131-1 et s.
36. M.-P. Blin-Franchomme et I. Desbarats, « Regards sur l'alerte écologique : le salarié et ses représentants, sujets actifs de la sauvegarde de l'environnement ? », « Regards sur l'alerte écologique : le salarié et ses représentants, sujets actifs de la sauvegarde de l'environnement ? », p. 161-180, in M.-P. Blin-Franchomme et I. Desbarats (dir.) *Droit du travail et droit de l'environnement : Regards croisés sur le développement durable*, éd. Lamy, 2010 ; ou encore F.-G. Trébulle, « L'efficacité comparée du droit et de l'obligation de dénoncer en droit du travail et de l'environnement », p. 31-78, in M. Behar-Touchais (dir.), *La dénonciation en droit privé*, Economica, Paris, 2010.
37. Pour une étude récente, v. J. B. Poulle et S. Khan, « Le whistleblowing : réflexions sur les derniers développements en matière financière », *Revue de Droit bancaire et financier*, 2015, n° 6, p. 19.
38. Cass. soc., 8 décembre 2009, n° 08-17191, JCP S, 2010, n° 9, p. 38, note P.-H. Antonmattei.
39. La Commission Nationale de l'Informatique et des Libertés (CNIL) a été saisie à plusieurs reprises de la question de la conformité de dispositifs d'alerte à la loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 modifiée. V. notamment ses délibérations n° 2005-110 et n° 2005-111 du 26 mai 2005 : M.-A. Ledieu et F. Saffroy, « Des mérites comparés de la délation et du silence, (à propos des délibérations de la CNIL du 26 mai 2005 sur la mise en oeuvre de la loi Sarbanes-Oxley) », JCP E, 2005, n° 44-45, p. 1856-1861, et la délibération n° 2005-305 du 8 décembre 2005 instaurant un régime d'autorisation : J.-F. Forgeron et A. Fievée, « Le whistleblowing : l'institutionnalisation encadrée de la dénonciation dans l'entreprise », *La Gazette du Palais*, 2006, n° 200, p. 8-10.
40. Selon les préconisations de P.-H. Antonmattei et Ph. Vivien *Chartes d'éthiques, alerte professionnelle et droit du travail français : état des lieux et perspectives*, La Documentation française, 2007.
41. V. les affaires des prothèses PIP, du Mediator ou encore Sponghero à propos de la viande de cheval, etc.
42. Art. L. 1161-1 du code du travail issu de la loi n° 2007-316 du 16 avril 2007 relative à la lutte contre la corruption.
43. Art. L. 5312-4-2 du code de la santé publique issu de la loi n° 2011-2012 du 29 décembre 2011 relative au renforcement de la sécurité sanitaire du médicament et des produits de santé.
44. Art. L. 4133-1 du code du travail et L. 1351-1 du code de la santé publique issus de la loi n° 2013-316 du 16 avril 2013 relative à l'indépendance de l'expertise en matière de santé et d'environnement et à la protection des lanceurs d'alerte (1).
45. V. art. 25 de la loi n° 2013-907 du 11 octobre 2013 relative à la transparence de la vie publique.
46. Art. L. 1132-3-3 du code du travail issu la loi n° 2013-1117 du 6 décembre 2013 relative à la lutte contre la fraude fiscale et la grande délinquance économique et financière.
47. Art. L. 861-3 du code de la sécurité intérieure issu de la loi n° 2015-912 du 24 juillet 2015 relative au renseignement.
48. V. par ex. l'alerte en matière sanitaire et environnementale issue de la loi n° 2013-316 du 16 avril 2013.
49. V. l'art. 6 A du projet de loi dit Sapin II (n° 866) tel que transmis au Sénat le 30 septembre 2016.
50. Cass. soc. 30 juin 2016, n° 15-10557, JCP G, n° 29, p. 1476, 2016, note N. Dedessus-Le-Mousiter.

51. Le Monde, « LuxLeaks : prison avec sursis pour les lanceurs d'alerte français », 29/06/2016.
52. V. les recommandations du Conseil d'Etat - section des études, « Le droit d'alerte : signaler, traiter, protéger », La Documentation française, 2015, p. 64 et s.
53. V. Directive n° 2016/943 du 8 juin 2016 sur la protection des savoir-faire et des informations commerciales non-divulgués (secrets d'affaires) contre l'obtention, l'utilisation et la divulgation illicites.
54. D. Schmidt, « Les secrets d'affaires et les étouffeurs d'alerte », Rec. Dalloz, 2016, p. 1425.
55. V. la définition de l'OIT, *op. cit.*
56. V. *Shager v. Upjohn Co.*, 913 F.2d 398, p. 404 (7th Cir. 1990) (affirmant « tous les salariés sont des agents »). Toutefois, la question n'est pas entièrement tranchée et certaines juridictions continuent de distinguer la relation de travail de la relation d'agence. V. généralement, S. Williston, *On contracts*, 4th ed. § 54 :26.
57. Restatement (Third) of Agency § 8.01 et s. (2006).
58. V. par ex., *Gagnon v. Coombs*, 39 Mass. App. Ct. 144, 654 N.E.2d 54 (1995).
59. Ancêtre du droit du travail actuel, le droit des *masters & servants* est issu du *common law* britannique, v. généralement, B. Aaron, « Employee's duty of loyalty: Introduction and overview », *Comparative Labor Law and Policy Journal*, vol. 20, 1999, p. 143-153.
60. E. Courtois-Champenois, *Le droit du travail américain, un droit de l'entreprise*, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 2002, p. 378.
61. C'est le cas avec les *bounty programs* mis en place par le *False Claims Act* (FCA) qui offrent aux personnes ayant dénoncé les fraudes commises par un contractant du gouvernement un pourcentage de la somme recouvrée. C'est également la voie choisie par la *Security Exchange Commission* (SEC) qui, dans les suites de la crise des *subprimes* a publié un règlement d'application de la loi *Securities Exchange Act* visant à offrir une récompense financière au lanceur d'alerte qui aurait fourni une information « originale » : v. Rule 21F-2(a) du 25 mai 2011, et sur cette question, F. Barrière, « Du contrôle interne à la dénonciation rémunérée ? », *JCP E*, n° 27, 07/01/2011, p. 1527 et s.
62. O. Lobel, « Citizenship, organisational citizenship, and the laws of overlapping obligations », *California Law Review*, vol. 97, 2009, p. 433-498, 440.
63. S. M. Kohn, *Concepts and Procedure in Whistleblower Law*, éd. Greenwood Press, 2001, p. 79 (« riddled with loopholes »).
64. C'est la formule employée par le juge Souter dans son opinion dissidente dans l'arrêt *Garcetti v. Ceballos*, 547 U.S. 410, (2006), p. 440.
65. *Id.* Le juge Souter recourt au terme « *vagaries* ».
66. D. Corrignan-Carsin, « Loyauté et droit du travail », in Mélanges Henri Blaise, éd. Economica, 1995, pp. 125-152.
67. B. Bossu, « La loyauté », in B. Teyssié (dir.), *Les notions fondamentales du droit du travail*, éd. Panthéon-Assas, 2009, p. 203 et s.
68. G. Poulain, « Les conséquences de l'inégalité sur la situation juridique du travailleur », *Droit social*, 1981, p. 754.
69. V. par ex., cass. soc. 14 déc. 1999, n° 97-41995, *Droit social*, 2000, p. 165, note J.-E. Ray.
70. Y. Picod, « L'obligation de coopération dans l'exécution du contrat », *JCP G*, 1988. I.
71. V. J.-E. Ray, « Fidélité et exécution du contrat de travail », *Droit social*, n° 5, 1991, p. 381, et D. Corrignan-Carsin, « Loyauté et droit du travail », *op. cit.*, p. 147.
72. J.-E. Ray, « Fidélité et exécution du contrat de travail », *op. cit.*, p. 384.
73. D. Corrignan-Carsin, « Loyauté et droit du travail », *op. cit.*, p. 148.
74. M. A. Rothstein, *et al.*, *Employment Law*, *op. cit.*, p. 781-782. Selon ces auteurs, « Si un juge accepte de reconnaître une exception à la règle de l'*employment at will* et donc d'offrir une protection au lanceur d'alerte, il le fera d'autant plus volontiers que la dénonciation a été faite auprès des autorités de police compétentes ».

75. *House v. Carter-Wallace, Inc.*, 556 A.2d 353, p. 356 (N.J. Super. Ct. App. Div. 1989). Dans le même ordre d'idée, v. *Bielser v. Professional Systems Corp.*, 177 Fed. Appx. 655, 656 (9th Cir. 2006). Dans cet arrêt, la Cour d'appel fédérale pour le 9^e circuit rejeta la demande d'une salariée pour licenciement fautif car cette dernière qui avait informé sa direction de ce que l'entreprise avait surfacturé un client, n'avait pas alerté les autorités extérieures compétentes comme le prévoyait pourtant la législation du Nevada.
76. De ce sens, *Brown & Root, Inc. v. Donovan*, 747 F.2d 1029, p. 1035 (5th Cir. 1984).
77. *Bozena C. FOX v. MCI Telecommunications Corp.*, 931 P.2d 857, p. 861 (Utah 1997).
78. Et particulièrement la décision de la Cour d'Appel pour le 7^e circuit dans *Belline v. K-Mart Corp.*, 940 F.2d 184, 187 (7th Cir. 1991).
79. O. Lobel, "Citizenship, organisational citizenship, and the laws of overlapping obligations", *op. cit.*, p. 448, note 73.
80. *Huffman v. Office of Personnel Management*, 263 F.3d 1341 (Fed. Cir. 2001).
81. *Willis v. Department of Agriculture*, 141 F.3d 1139, p. 1144, (5th Cir. 1998).
82. *Id.*
83. V. *infra*.
84. V. par ex, *Eberhardt v. Integrated Design & Constr., Inc.*, 167 F.3d 861 (4th Cir. 1999), *McKenzie v. BellSouth Telecommunications*, 219 F.3d 508 (6th Cir. 2000) ou encore *Gianfrancesco v. Laborers Int'l Union of N. Am. Local 594*, +2013 U.S. Dist. LEXIS 8376 (D.N.J. 2013).
85. V. *supra*. *Garcetti v. Ceballos*, 547 U.S. 410, (2006).
86. *Garcetti*, *op. cit.*, p. 705 (2006).
87. Cass. soc. 30 juin 2016, n° 15-10557, *op. cit.*
88. V. par ex., cass. soc., 15 juin 2010, n° 09-41550, NP.
89. L. Gratton, « Liberté d'expression et devoir de loyauté du salarié, une cohabitation délicate », *Droit social*, 2016, p. 4.
90. Au visa duquel ont été rendus deux arrêts de la chambre sociale en moins d'un an particulièrement emblématiques de la fondamentalisation du contrôle de l'expression salariale à l'origine d'une mesure disciplinaire, et des plus instructifs pour les lanceurs d'alerte.
91. L. Gratton, « Liberté d'expression et devoir de loyauté du salarié, une cohabitation délicate », *op. cit.*
92. V. dans ce sens, B. Bossu, « Liberté d'expression, loyauté et abus de droit », *JCP social*, 2015, n° 48, p. 1429.
93. Rapport du Conseil d'Etat, « Le droit d'alerte », *op. cit.*, p. 56.
94. Art. L. 4133-1 du code du travail.
95. Art. L. 4133-2 du code du travail.
96. V. L'affaire qui oppose le Crédit Agricole à son ancienne analyste financière Ida de Chavagnac, D. Dechaux, « Le Crédit Agricole aurait-il un problème avec les lanceurs d'alerte ? », *Challenges*, 4 oct. 2014, disponible à l'adresse : <http://www.challenges.fr/finance-et-marche/20141003.CHA8544/le-credit-agricole-aurait-il-un-probleme-avec-les-lanceurs-d-alerte.html>
97. V. par ex., Cass. soc., 10 mars 2009, n° 07-44092, *JCP S*, 2009, p. 1225, note C. Leborgne-Ingelaere.
98. G. Loiseau, « La liberté d'expression du salarié », *Revue de droit du travail*, 2014, p. 396.
99. B. Bossu, « Liberté d'expression, loyauté et abus de droit », *op. cit.*
100. Art. L. 4131-1 et s. du Code du travail.

RÉSUMÉS

Lorsqu'un salarié a connaissance de faits condamnables dans l'entreprise heurtant son sens civique et sa conscience, et que, se sentant tout autant citoyen dans la Cité que sur son lieu de travail, il décide de les dénoncer, son engagement loyal vis-à-vis de l'employeur peut se trouver mis à mal. À partir de la théorie sociologique et économique des mobilisations développée par Albert O. Hirschman, la présente étude confronte l'appréhension juridique de l'alerte et l'obligation salariale de loyauté aux États-Unis et en France. Elle examine comment les droits français et américain perçoivent cette prise de parole individuelle qui fait du salarié lanceur d'alerte un agent « embarqué », un pied dans l'entreprise en tant que salarié, un pied à l'extérieur en tant que « procureur privé » œuvrant pour l'intérêt général. Plus largement, elle interroge la capacité du droit à épouser des conceptions de l'obligation salariale de loyauté, des sanctions de son manquement, mais aussi du lien de subordination et des rapports hiérarchiques, de la liberté d'expression et des limitations qu'on peut lui apporter dans l'entreprise, qui peuvent accommoder l'action individuelle sans compromettre l'unité du groupe.

When an employee is aware of illegal, irregular, dangerous or unethical facts or practices, and while feeling equally citizen outside and within the workplace, he decides to report them, his loyal commitment to the organization may be undermined. Based on Albert O. Hirschman's sociological and economic resources mobilization theory, this study confronts US and French whistleblower legislations and case law to the employee's duty of loyalty to the employer. It analyzes how US and French law perceive this particular type of individual protest which converts the whistleblower into an embedded agent, one foot inside the organization as an employee, one foot outside as a private prosecutor acting for the common good. More generally, it questions the ability of the law to build conceptions of the employee's duty of loyalty, reactions to its breaches, as well as subordination relationships and vertical hierarchy, freedom of speech and its limits in the workplace, which can accommodate individual action without compromising the unity of the group.

INDEX

Mots-clés : alerte éthique, lanceur d'alerte, salarié, loyauté, loyalisme, dissidence, bonne foi.

Keywords : whistleblowing, whistleblower, employee, loyalty, loyalism, dissidence, good faith.

AUTEUR

PAULINE ABADIE

Pauline Abadie est maître de conférences en droit privé à l'université Paris Sud-Saclay